

Janusz Barta

Ryszard Markiewicz

Instytut Prawa Własności Intelektualnej UJ

## OPEN SOURCE, CZYLI NOWA FILOZOFIA PRAWA AUTORSKIEGO

### I. Uwagi ogólne

Wśród przeobrażeń zachodzących w sferze wykonywania praw autorskich szczególną uwagę zwraca ruch *open source*. Ideą główną tego ruchu jest – najogólniej rzecz ujmując – zapewnienie dysponentom programów komputerowych wolności: a) dostępu do kodu źródłowego, b) wykorzystywania programu w dowolnym celu, c) adaptowania go i d) dalszego rozpowszechniania. Nikt nie może programowi udostępnianemu w ramach tego ruchu narzucić „własnościowego statusu” oraz w jakikolwiek sposób ograniczać swobody jego dalszego udostępniania. Udostępnianie to i korzystanie z programu następuje według reguł podanych w Generalnej Licencji Publicznej (najbardziej popularny w tej mierze jest model *GNU General Public License* – w skrócie: GPL). Licencja owa zapewnia na przyszłość „wolność programu” dla wszystkich użytkowników. Jest tak dlatego, że również modyfikacje programu powinny być rozpowszechniane na warunkach GPL. W istocie zatem taka licencja gwarantuje dla danego programu, także w przypadku wykorzystania go w dziełach zależnych, trwały status *open source software*<sup>1</sup>.

Ruch *open source* – trudno uwierzyć – istnieje już od ponad 20 lat; jego źródła należy szukać w artykule Richarda Stallmana z roku 1983. Specyfiką tego ruchu jest – żeby nawiązać do określenia użytego przez E.S. Raymonda – „bazarowa” metoda tworzenia oprogramowania, przeciwstawiona tradycyjnej metodzie „katedralnej”. Prace nad programem, analogicznie do zachowań na bazarze, charakteryzuje w istotnym stopniu spontaniczność, nawet chaotyczność, przypadkowość, brak organizacji oraz dowolność, dopuszczająca też tworzenie adaptacji chybionych. Ale równocześnie taki model działania

---

<sup>1</sup> Por. szerzej J. Barta, R. Markiewicz, *Oprogramowanie open source w świetle prawa. Między własnością a wolnością*, Kraków 2005.

daje szansę wszechstronnego weryfikowania funkcjonowania programu, wyszukiwania i usuwania występujących w nim błędów przez całą „społeczność” skupioną wokół ruchu wolnego oprogramowania oraz tworzenia wartościowych i oryginalnych jego modyfikacji. Tymczasem „system katedralny”, oparty jest na przejrzystych, uporządkowanych i scentralizowanych metodach postępowania, zakłada prowadzenie prac i budowanie programu w sposób planowy, stopniowy, według wyobrażeń i założeń jednego „architekta”. Decydujące znacznie posiada tu model zezwoleń i zakazów, co gwarantuje pełny nadzór nad wykorzystywaniem, rozpowszechnianiem i rozwojem danego programu.

## 2. Podstawowe problemy ruchu *open source*

Recypowanie ruchu *open source*, a przede wszystkim jego „prawniczego instrumentarium”, mającego wyraźnie amerykańską proveniencję, napotyka na kontynencie europejskim pewne opory. I tak, w krajach Unii Europejskiej doszło do żywej dyskusji co do ważności umowy (licencji), na podstawie której udostępniany jest program z jawnym kodem źródłowym. Obecnie, w zasadzie, nie kwestionuje się już ważności owej umowy „jako takiej”, natomiast **poszczególne jej klauzule w dalszym ciągu budzą wątpliwości**. Chodzi tu w szczególności o klauzule dotyczące: a) „wiecznego” (a więc nieodwołalnego) poddania programu reżimowi *open source*, b) obowiązku dystrybucji według tego reżimu także własnych programów użytkownika (programów zależnych), c) pełnego wyłączenia odpowiedzialności udostępniającego za wady programu<sup>2</sup>.

Istotnym zagrożeniem dla ruchu *open source* stały się w ostatnim okresie silne tendencje zmierzające do **patentowania programów komputerowych**. Pojawia się w związku z tym niebezpieczeństwo występowania z daleko idącymi roszczeniami odszkodowawczymi, skierowanymi zwłaszcza przeciwko wielkim przedsiębiorstwom, które oprogramowania typu *open source* wytwarzają i rozpowszechniają. Nadto podniesienie roszczeń z tytułu naruszenia prawa z patentu do programu, zwłaszcza przez osobę trzecią, może skutecznie zablokować korzystanie z szeroko udostępnionego programu z jawnym kodem źródłowym, co przy równoczesnym kategorycznym wyłączeniu odpowiedzialności licencjodawcy za wady oprogramowania może skłaniać (zwłaszcza duże korporacje) do powstrzymania się od wyboru programu udostępnianego na zasadach licencji typu GPL. Problematyka ta stała się przedmiotem zainteresowania zwłaszcza w kontekście projektu Dyrektywy Parlamentu i Rady Europy w sprawie patentowania wynalazków realizowanych przy pomocy komputera<sup>3</sup>, precyzującej i ujednolicającej dotychczasowe zasady w tym zakresie. W odrzuceniu tego projektu przez Parlament Europejski w lipcu 2005 roku znaczącą rolę odegrał protest ze strony przedstawicieli i entuzjastów ruchu *open source*.

<sup>2</sup> Por. <http://www.gpl-violations.org/>

<sup>3</sup> Por. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions*, Brussels 20.02.2002, COM [2002] 92 final

Jak już zaznaczyliśmy, reguły udostępniania i eksploatacji programów z jawnym kodem źródłowym wyznaczone są w generalnej licencji publicznej. Reguły te ulegają jednak pewnym modyfikacjom. Aktualnie przygotowana została trzecia już wersja licencji (wersja **GPLv3 z 27 lipca 2006 roku**<sup>4</sup>), która częściowo próbuje ograniczyć sygnalizowane wcześniej trudności. Po pierwsze, treść licencji została tak ujęta, aby zredukować wątpliwości prawne dotyczące skuteczności licencji na gruncie przepisów obowiązujących w poszczególnych krajach, głównie w Unii Europejskiej<sup>5</sup>. Wersje wcześniejsze dostosowane są przede wszystkim do regulacji obowiązujących w USA. Po drugie, nowa wersja GPL w szerszym zakresie uwzględnia problemy związane z możliwością patentowania programów<sup>6</sup>, a także nowe wyzwania dla GPL, związane ze stosowaniem i prawną ochroną technicznych środków zabezpieczających przed dostępem do dzieła<sup>7</sup>.

### 3. Znaczenie ruchu *open source*

Niewątpliwie trudno przecenić rolę ruchu *open source*, głównie w aspekcie zmiany zasad rozpowszechniania niektórych postaci utworów chronionych przez prawo autorskie.

Przede wszystkim udostępnianie programów komputerowych w ramach *GNU General Public License* stworzyło równoległy, **alternatywny system dystrybucji** programów. Posiada on, z jednej strony, mocne zabarwienie ideologiczne (nawiązuje do haseł swobody twórczości i rozpowszechniania wyników swych prac, a także swobody doskonalenia i wykorzystania na własne potrzeby cudzych programów, nieodpłatnego do nich dostępu, jest wyrazem aprobaty dla swoistego anarchizmu tkwiącego u podstaw funkcjonowania Internetu), z drugiej zaś strony, prowadzi w wielu przypadkach do powstawania programów o wiele lepszych niż opracowywane w ramach tradycyjnego, „własnościowego” modelu. O wyborze programu dystrybuowanego w systemie *open source* przesądza często nie oszczędność, lecz właśnie jakość produktu informatycznego (jego efektywność, niezawodność, odporność na „włamania” i in.).

<sup>4</sup> Por. <http://gplv3.fsf.org/gpl-draft-2006-07-27.html> oraz K. Siewicz, *Analiza prawna projektu GPLv3*, <http://ksiewicz.net/?p=33>; A. Guadamuz González, *GNU General Public License v3: A Legal Analysis*, (2006) 3:2 *SCRIPT-ed* 130 @: <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/vol3-2/guadamuz.asp>>

<sup>5</sup> Należy jednak pamiętać o tym, iż już 19 maja 2004 roku Sąd Okręgowy w Monachium uznał ważność i możliwość egzekwowania postanowień GPL na gruncie prawa RFN [[http://www.jbb.de/urteil\\_lg\\_muenchen\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf)]. Por. w tej kwestii J. Höppner, *The GPL prevails: An analysis of the first-ever Court decision on the validity and effectivity of the GPL*, (2004) 1:4 *SCRIPT-ed* 662, @: <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/script-ed/issue4/GPL-case.asp>>

<sup>6</sup> W szczególności licencja z pkt. 11 Projektu zobowiązuje licencjobiorcę do niepodnoszenia roszczeń z tytułu naruszenia prawa z patentu względem licencjodawców (przełamanie tego zobowiązania powoduje wygaśnięcie wszystkich uprawnień wynikających z GPL), zaś w przypadku świadomego zamieszczenia w programie cudzego opatentowanego rozwiązania licencjodawca powinien albo zabezpieczyć licencjobiorców przed odpowiedzialnością z tytułu naruszenia tego patentu, albo zapewnić licencję dla każdego licencjobiorcy odnośnie do nieodpłatnego zwielokrotniania programu źródłowego.

<sup>7</sup> W szczególności projekt przewiduje zrzeczenie się przez licencjodawcę uprawnień związanych z zakazywaniem usuwania lub obchodzenia technicznych środków zabezpieczających przed dostępem do utworu.

Ruch *open source* stał się poza tym zaczynem dla ideologii **creative commons**. Mamy tu do czynienia ze swoistym zastosowaniem założeń wypracowywanych dla komputerowych programów w odniesieniu do innych dzieł, z ustanowieniem różnych systemów nieodpłatnego, umownego, udostępniania rezultatów pracy twórczej. Ideologia ta, szanując w pełni prawo autorskie, zachęca „do tworzenia wspólnej kultury, której elementy mogą być swobodnie wymieniane i zmieniane”<sup>8</sup>. Najszerza licencja upoważnia do dowolnego eksploatowania dzieła pod warunkiem respektowania prawa do autorstwa. Dalsze, „węższe” licencje zezwalają na korzystanie z utworu: a) tylko dla celów niekomercyjnych, b) z zastrzeżeniem udostępniania dzieł zależnych na tych samych warunkach, na których udostępniono utwór oryginalny, c) z wyłączeniem tworzenia dzieł zależnych. Odrębne wzory umów przewidziano dla tzw. *samplingu* (użycia fragmentu wcześniej dokonanego nagrania muzycznego przy tworzeniu nowego utworu)<sup>9</sup>.

#### 4. *Open source* a przyszłość prawa autorskiego

Opisane skrótowo „wolnościowe” koncepcje tworzenia i dystrybuowania utworów nie stanowią, w naszym przekonaniu, zagrożenia dla prawa autorskiego.

Po pierwsze, zauważmy, że są one **oparte, paradoksalnie, właśnie na prawie autorskim** i prawo to dla swych celów wykorzystują. Ograniczeniom wolności dalszego rozpowszechniania danego dzieła można się bowiem sprzeciwić, powołując się na przepisy prawa autorskiego. Ten więc, kto odmawia udostępnienia programu źródłowego potrzebnego dla stworzonego dzieła zależnego lub udostępnia dzieło na podstawie restryktywnej umowy licencyjnej, musi się liczyć z wygaśnięciem względem niego umowy, a w konsekwencji, w przypadku dalszego korzystania z programu, z zarzutem naruszania prawa autorskiego. Można więc powiedzieć, że to prawo autorskie zapewnia poszanowanie reguł ruchu wolnego oprogramowania i, odpowiednio, *creative commons*.

---

<sup>8</sup> Por. <http://creativecommons.pl/>

<sup>9</sup> Charakterystycznym przejawem dla analizowanego ruchu jest *Deklaracja Berlińska z 2003 r. w sprawie otwartego dostępu do wiedzy w naukach ścisłych i humanistycznych*, której celem jest założenie i stworzenie optymalnych procedur wolnego dostępu do wyników badań naukowych, danych, metadanych, źródeł oraz materiałów multimedialnych. Oparta jest ona na dwóch założeniach: 1) podmioty prawa autorskiego przyznają użytkownikom nieograniczone i nieodwołalne prawo dostępu do zasobów i publiczną licencję na korzystanie z dzieła w dowolnej postaci cyfrowej dla ważnych celów, pod warunkiem zabezpieczenia prawa do autorstwa, 2) kompletna wersja pracy i wszystkie dodatkowe materiały wraz z licencją są udostępniane przynajmniej w jednym z repozytoriów dostępnych *on-line*, utrzymywanych i wspieranych przez instytucję akademicką, towarzystwo naukowe, agencję rządową lub inną wiarygodną organizację, która jest w stanie realizować wolny dostęp do wiedzy i nierestrykcyjną dystrybucję z długoterminowym archiwizowaniem. Por. <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>. Polskie tłumaczenie por. <http://ebib.oss.wroc.pl/2005/63/deklaracja.php>.

Inną ciekawą inicjatywą jest SSRN eLibrary. Social Science Research Network (SSRN) to organizacja typu *nonprofit*, której celem jest stworzenie dla naukowców „narzędzia” do nieodpłatnej wymiany artykułów naukowych jeszcze przed ich oficjalną publikacją. Aktualnie udostępnianych jest przez Internet ponad 100 tys. pełnych tekstów. Por. <http://www.ssrn.com/>

Po drugie, nie należy się spodziewać wyparcia przez koncepcje wolnościowe tradycyjnego (odpłatnego i opartego na standardowych, „klasycznych” umowach licencyjnych) rozpowszechniania utworów. W przypadku programów komputerowych utrwali się zapewne istniejący już **dualizm modeli** (ze wzrastającą, jak się wydaje, rolą programów „wolnościowych”, przeznaczonych dla środowiska internetowego)<sup>10</sup>. „Przejście” na model *creative commons* będzie przy tym zależne w pewnej mierze od rodzaju utworów. Sądzymy, iż coraz większą rolę ruch nieodpłatnego udostępniania będzie pełnił w Internecie w odniesieniu do: a) dzieł naukowych, b) pozawydawniczych, półamatorskich przedsięwzięć o charakterze informacyjnym (typu: wikipedia), c) utworów autorów debiutujących, zainteresowanych zwiększeniem popularności, lub autorów kontestujących istniejące trudności w dostępie do dóbr kultury i nauki.

Po trzecie, wydaje się, że opisane modele rozpowszechnia dzieł wpłyną jednak na pewną **modyfikację prawa autorskiego oraz jego interpretacji**, zwłaszcza w przypadku tych krajowych ustaw, które w sposób szczególny są nakierowane na bezwzględną ochronę interesów twórcy i konsumentów. Chodzi tu o takie zmiany, które byłyby zgodne z założeniami ruchu *open source*, które eliminowałyby przepisy prawa autorskiego mogące hamować rozwój tego ruchu. W przypadku polskiego prawa autorskiego<sup>11</sup> zmiany powinny między innymi umożliwiać, by umowy stanowiące podstawę rozpowszechniania utworów na warunkach wolnościowych: a) mogły mieć charakter bezterminowej umowy licencyjnej, której nie można skutecznie wypowiedzieć, b) mogły obejmować licencję w odniesieniu do nieznanach pól eksploatacji, c) były skuteczne także w odniesieniu do zezwolenia na naruszenia prawa do integralności, d) mogły wyłączać stosowanie względem licencjobiorców postanowienia art. 18 ust. 3 pr. aut. przewidującego niezrzekalność wymienionych w nim postaci wynagrodzeń autorskich<sup>12</sup>. Konieczne jest także zapewnienie – ze względu na *creative commons* – aby korzystanie z tego modelu licencjonowania nie było ograniczane przez zobowiązania organizacyjne przyjmowane przez twórców wraz z przystąpieniem do organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub pokrewnymi. Na gruncie prawa polskiego dyskusyjna jest także sama skuteczność,

<sup>10</sup> Por. M. Schellekens, *Free and Open Source Software: An Answer to the Commodification?* [w:] L. Guibault, P.B. Hugenholtz (ed.), *The Future of the Public Domain*, 2006, s. 316 i nast.

<sup>11</sup> Odnotujmy tu także problematykę prawa podatkowego. Na jego gruncie kontrowersje dotyczyły kwestii zaliczania wartości programów udostępnionych w ramach *open source* do przychodów w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym. W wyjaśnieniu Ministra Finansów z 10 marca 2006 (PB3/GM-8213-12/06/144, Biuletyn Skarbowy, 2006, nr 2, s. 21-22), przyjęto jednak – naszym zdaniem trafnie, iż:

„Przepisy podatkowe określające wartość przychodu podatkowego z tytułu nieodpłatnie otrzymanych świadczeń nie przewidują sytuacji, gdy wskazane świadczenie jest z założenia bezpłatne dla wszystkich zainteresowanych podmiotów. (...) W przypadku gdy określone świadczenia (m.in. przekazanie praw) są z założenia bezpłatne dla wszystkich podatników, a nie jednostkowym przypadkiem stosowanym w stosunku do indywidualnego podmiotu, to wówczas nie należy ustalać w związku z zaistnieniem takiego zdarzenia przychodów podatkowych, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. (...) Nie oznacza to jednak, iż przy ewentualnym określaniu skutków podatkowych związanych z korzystaniem z takiego oprogramowania komputerowego nie należy badać całokształtu okoliczności z nim związanych. Każdy przypadek wymaga zatem indywidualnej analizy”.

<sup>12</sup> Stosownie do art. 18 ust. 3 pr. aut. „Prawo do wynagrodzenia, o którym mowa w art. 20 ust. 2–4, art. 20[1], art. 30 ust. 2 oraz art. 70 ust. 3, nie podlega zrzeczeniu się, zbyciu ani egzekucji. Nie dotyczy to wymagalnych wierzytelności”.

a jednocześnie – możliwość odwoływania upoważnienia udzielanego w drodze jednostronnej czynności prawnej (podmiotu prawa) do korzystania z programu „poddanego” reżimowi GPL. Chodzi tu o upoważnienie skutkujące do chwili ewentualnego zawarcia umowy GPL przez użytkownika, a zezwalające na korzystanie przez niego z programu na własne potrzeby – bez możliwości wprowadzania zmian i zwielokrotniania, chyba żeby dotyczyło to „zwykłego” używania programu.

Po czwarte, rozpatrując problematykę *open source* i *creative commons* na szerszym tle, należy wiązać z nią praktykę i potrzeby społeczne w zakresie wymiany plików w Internecie, a także digitalizację i rozpowszechnianie zasobów bibliotecznych w sieciach komputerowych. „Sztandarowym przykładem” ujawniających się w związku z tym kontrowersji są procesy związane z udostępnianiem plików muzycznych w formacie MP3 (por. zwłaszcza ostatnio wydane orzeczenie amerykańskie w sprawie Grokster<sup>13</sup>) oraz trudności GOOGLE w realizacji przedsięwzięcia związanego z digitalizacją i udostępnianiem zbiorów bibliotecznych w USA<sup>14</sup>.

W tym kontekście wydaje się racjonalne **rozważenie ewentualnego ograniczenia treści praw wyłącznych służących dobrom intelektualnym ze względu na ich eksploatację w sieciach komputerowych**. Chodzi zatem o przyjęcie nowego paradygmatu dla korzystania z dzieł w Internecie. Ograniczanie się do dotychczasowego „własnościowego” modelu sprawia, że istnieje realne niebezpieczeństwo (pomimo stosowania i nowej ochrony autorskoprawnej środków zabezpieczających przed dostępem do utworu i jego nieuprawnionym zwielokrotnianiem) trwałego rozwijania się „piractwa”, z jednej strony, oraz, z drugiej, systematycznego ograniczania dostępu do informacji i niektórych dóbr kultury. Wydaje się przy tym, iż problem eksploatacji chronionych wytworów intelektualnych w Internecie to nie tylko kwestia „niebezpiecznej maszyny”, jaką jest Internet, która ułatwiła i zwiększyła naruszenia praw autorskich, ale w równym stopniu zagadnienie zasad funkcjonowania społeczeństwa informacyjnego i związanej z tym potrzeby ustalenia nowych reguł dostępu do informacji oraz dóbr kultury. Wymaga to, naszym zdaniem, ponownego przemyślenia granic ochrony autorskoprawnej w kontekście wyważania interesów twórców (a właściwie podmiotów praw autorskich, którymi coraz częściej są nie twórcy, lecz przedsiębiorstwa) oraz użytkowników. Być może racjonalnym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie obligatoryjnej odpłatnej licencji na korzystanie z utworów w Internecie, po ich pierwszym publicznym udostępnieniu za zgodą autora.

<sup>13</sup> Por. CRS Report for Congress, File-Sharing Software and Copyright Infringement: Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. Updated July 18, 2005, [http://www.ipmall.info/hosted\\_resources/crs/RL31998\\_050718.pdf](http://www.ipmall.info/hosted_resources/crs/RL31998_050718.pdf)

<sup>14</sup> Kwestionowana część projektu [Print Library Project] dotyczy możliwości wprowadzenia do bazy danych zeskanowanych pełnych tekstów dzieł chronionych prawem autorskim bez zgody uprawnionego podmiotu; korzystający z bazy uzyskiwałby przy tym jedynie dostęp do kilku zdań z dzieł zlokalizowanych „wokół” poszukiwanego hasła. Na gruncie prawa autorskiego USA problem ten mógłby być rozstrzygany w ramach stosowania doktryny *fair use*. W prawach autorskich krajów UE trudniej byłoby znaleźć podstawy dla legalizacji takiego postępowania. Por. J. Band, *Google Print Library Project: A Copyright Analysis*, <http://www.policybandwidth.com/doc/googleprint.pdf#search=%22Band%20Google%20library%20Project%22> oraz P. Ganley, *Google Book Search: Fair Use, Fair Dealing and the Case for Intermediary Copying*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=875384](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875384)